



EMPRESAS DE ENERGIA ELÉTRICA E O USO DO SOLO URBANO

Carlos Augusto Alcântara Machado. Promotor de Justiça/SE; Mestre em Direito Constitucional; Professor de Direito Constitucional da UFS e UNIT; Coordenador do Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Constitucional Processual da UFS; Professor da Escola Superior da Magistratura do Estado de Sergipe (ESMESE) e Autor do livro *Mandado de Injunção – Um Instrumento da Efetividade da Constituição*, Ed. Atlas, 1999.



1.COLOCAÇÃO DO PROBLEMA:

Com a consagração da tese de inconstitucionalidade da cobrança da Taxa de Iluminação Pública, inclusive por decisão do Supremo Tribunal Federal, os Municípios de diversos Estados da federação brasileira vêm, paulatinamente, perdendo uma preciosa fonte de receita.

Em Sergipe, modestamente, contribuímos para a consolidação do entendimento com um pioneiro Parecer publicado na *Revista do Ministério Público do Estado de Sergipe* (Vol. 07 – 1994) e, posteriormente, em Revistas de circulação nacional (*Ciência Jurídica* – Vol. 58 – 1994 e *Revista dos Tribunais – Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política* – Vol. 06 – 1994).

Talvez em função desses reveses não previstos, as Comunas brasileiras buscaram encontrar uma outra fonte de receita: instituíram uma retribuição, devida pelas empresas concessionárias de energia elétrica, pelo uso do solo urbano em face da instalação de postes da rede de distribuição.

Leis foram criadas e antes mesmo da respectiva cobran-



ça as empresas se anteciparam e promoveram medidas judiciais preventivas.

Sem embargo de já existirem decisões judiciais assegurando o direito das empresas de energia elétrica e, conseqüentemente, reconhecendo a inconstitucionalidade das referidas leis municipais, ousamos, *data venia*, discordar dos fundamentos apresentados pelos arestos que chegaram em nossas mãos e, através desse breve estudo, enfrentaremos a *quaestio juris* procurando trazer outros argumentos que reputamos importantes para o esclarecimento desse polêmico tema.

Registramos, ainda, que o interesse sobre a tormentosa questão nasceu de discussões teóricas travadas com o eminente Doutor Carlos Ayres Britto, brilhante constitucionalista sergipano, que honra a cultura jurídica nacional.

Passemos, então, a enfrentar a matéria, a partir de um dos casos concretos, que servirá, exclusivamente, como paradigma para a nossa análise.

2. O MANDADO DE SEGURANÇA Nº 57/99 E A PRETENSÃO DA EMPRESA ENERGÉTICA DE SERGIPE:

A EMPRESA ENERGÉTICA DE SERGIPE S.A. - ENERGIZE, empresa privada, concessionária de serviços públicos de energia elétrica, com área de concessão em parte do território do Estado de Sergipe, com base na legislação em vigor, impetrou **MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO** contra ato na iminência de ser praticado pelo **SR. PREFEITO DO MUNICÍPIO DA BARRA DOS COQUEIROS**, em face da promulgação da Lei Complementar Municipal nº 03, de 17 de maio de 1999 que autoriza o Poder Executivo a cobrar taxa pela instalação de postes para serviços de energia elétrica.

Alegou a impetrante, sustentando a sua tese, não ser possível a cobrança, pois o tributo criado estaria eivado de ilegalidade e inconstitucionalidade.

Justificou que o tributo criado feriu o art. 155, § 3º da Lei Maior, e que o serviço de energia elétrica por ser concessão federal, reservou a Carta Magna à União a competência exclusiva para dispor sobre a matéria. (art. 21, XII, “b” e art. 22, IV – CF).

Por outro lado, aduziu a impetrante, que a legislação específica aplicada aos serviços de energia elétrica (Código de Água



e Decretos Federais) concedeu-lhe o direito de ocupar o território municipal, sem ônus para as concessionárias.

Prestando informações, o impetrado refutou a tese da ENERGEIPE, lastreado na teoria da autonomia municipal e, paralelamente, justificando que a retribuição prevista na Lei Complementar nº 03/99 não tinha natureza tributária.

Sustentou, nesse passo, a inconstitucionalidade do Decreto Federal Nº 84.398/80.

Com base nesses dados, passemos a aprofundar o questionamento e a pretensão da Empresa de Energia Elétrica procurando, sobretudo, buscar a exegese dos dispositivos constitucionais e da legislação aplicável às empresas de energia elétrica, além de investigar a natureza jurídica da retribuição instituída.

Antes, porém, imperioso se torna fazer uma brevíssima exposição sobre o uso dos bens públicos, especificamente voltado para o caso objeto dessa reflexão.

3. DO USO DOS BENS PÚBLICOS:

Preceitua o art. 68 do Código Civil Brasileiro que “o uso dos bens públicos pode ser **gratuito**, ou **retribuído**, conforme as leis da União, dos Estados, ou dos Municípios, a cuja administração pertencerem”.

A hipótese enfrentada versa sobre a utilização de bens de uso comum (art. 66, I – CC), tais como ruas, praças e estradas.

Tais bens, no dizer de **CLÓVIS BEVILAQUA** (*Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, vol. I, Editora Rio, 1975, p. 301), pertencem a todos (*res communes omnium*). Diz o mestre, com singular clareza, que o proprietário desses bens é a coletividade, sendo confiadas à Administração Pública a sua guarda e **gestão**.

É de todos sabido e ressabido que a **regra** pela utilização dos bens públicos é a **gratuidade**. A contribuição pecuniária, no entanto, apesar de exceção, é devida em retribuição ao uso dessas coisas, em condições particulares.

A propósito do tema, esclarecedoras são as lições de **J. N. CARVALHO SANTOS** no seu sempre citado *Código Civil Brasileiro Interpretado*, vol. II, Freitas Bastos, 1950, as quais é de se invocar neste particular (págs. 159/160):



“A gratuidade não pode ser exigida **senão para o que se pode denominar de uso ordinário e normal do domínio público.**

Isto é o que se diferenciam a circulação sobre uma praça pública, **da edificação sobre o solo desta praça.**

É contrária à sua destinação natural, **no sentido de acarretar um certo embaraço à circulação livre”.**

O entendimento colacionado justifica-se pelo fato de representar para o beneficiário, isto é, para aquele que se utiliza do bem público, um *plus*, uma vantagem não assegurada a todos os munícipes. Esta é a razão pela qual, lastreado em argumento doutrinário de autoridade, conclui-se pela possibilidade, mesmo que excepcional, da **utilização onerosa de bens de uso comum do povo.**

Permitimo-nos trazer, à título meramente de reforço, também o magistério de **CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA**, quando, abordando a natureza inalienável e imprescritível, em regra, dos bens de uso comum do povo, com utilização normalmente sem restrições ou ônus, sentenciou (*Instituições de Direito Civil*, 16ª edição, Forense, 1994, p. 280):

“Mas não se desfiguram a sua natureza, nem perdem eles a sua categoria, se os regulamentos administrativos condicionarem a sua utilização a requisitos peculiares, ou restringirem o seu uso em determinadas condições, ou instituírem o pagamento de retribuição (Código Civil de 1916, art. 68)”.

Adotando posicionamento similar, **THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI**, no clássico *Tratado de Direito Administrativo*, vol. III, 4ª edição, Freitas Bastos, 1960, pp. 374/375.

Evidencia-se a necessidade, averbe-se, de, em homenagem ao princípio constitucional da legalidade (art. 5º, II – CF), existir lei disciplinando a matéria, pois *“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.*

Ademais, a atividade da Administração Pública será sempre *sub lege* (art. 37, caput – CF). Havendo lei regulando a questão, revela-se possível a retribuição pela utilização de bens públicos. **E tal retribuição não tem caráter tributário.**

Após a publicação da primeira versão do presente estudo, tivemos a oportunidade de ter acesso a dois Pareceres sobre a matéria: Um da lavra do eminente Ministro do Supremo Tribunal Federal aposentado e Ex-Consultor-Geral da República **DR. LUIZ RAFAEL MAYER** e outro do festejado juspublicista **DR. TOSHIO MUKAI**. Nos



dois brilhantes pareceres, os quais nos foram encaminhados gentilmente pelo **DR. ALBERTO J. MARQUES**, Procurador Federal aposentado e Consultor Institucional da Fundação Franco-Brasileira de Pesquisa e Desenvolvimento – FUBRAS, os posicionamentos são coincidentes.

O **DR. RAFAEL MAYER**, concluiu o seu magnífico estudo com as seguintes conclusões, além de outras, sempre na linha da possibilidade de cobrança pelo uso privativo de bens públicos (**Parecer de 02 de agosto de 2001 – Fundação Franco-Brasileira de Pesquisa e Desenvolvimento**):

a) Incumbe à administração o poder-dever de exigir retribuição pecuniária pela utilização privativa dos bens públicos de uso comum do povo, não lhe sendo lícito renunciar à percepção da receita pública daí advinda, salvo lei municipal isentiva, de caráter especial;

b) É cabível a cobrança de retribuição, a qualquer tempo, pelo uso privativo de bem público, mesmo quanto ao uso preexistente, não remunerado, pois não há direito adquirido à gratuidade por parte do particular beneficiário.

TOSHIO MUKAI, após uma profunda análise sobre a natureza jurídica da retribuição cobrada pelo uso de bem público municipal, por empresa de telecomunicação, manifesta-se pela possibilidade de o município impor autorizações para a passagem de equipamentos às concessionárias de serviços públicos, e, para isso exigir-lhes uma remuneração (**Parecer de 03 de setembro de 2001 – Prefeitura Municipal de Cláudio/MG**).

Quando da sua profunda análise o **DR. TOSHIO MUKAI**, invoca o magistério da não menos ilustre **LÚCIA DO VALLE FIGUEIREDO** que, ao comentar os arts. 73 e 74 da Lei nº 9.472/97 em estudo publicado no BDA, nº 6, NDJ 424 – *Telecomunicações e Infra-Estrutura: arts. 73 e 74 da Lei nº 9.427/97*, reconhece a nítida possibilidade de cobrança pela Municipalidade de retribuição pelo uso do solo urbano, “dentro do critério de razoabilidade e proporcionalidade, a fim de não onerar as tarifas cobradas aos usuários pelas concessionárias” (p. 427).

Esse o entendimento de **ANTÔNIO CARLOS CINTRA DO AMARAL**, Mestre em Direito Administrativo e Coordenador-Geral do Centro de Estudos sobre Licitações e Contratos – CELC (São Paulo), manifestando-se em Parecer sobre a possibilidade de ser cobrada das concessionárias de serviços públicos de gás canalizado, energia



elétrica e telecomunicações uma retribuição pelo uso do solo urbano, citado por **ALBERTO J. MARQUES**, também em valoroso Parecer sobre a matéria, em outubro de 2001, atendendo consulta do Município de Delfim Moreira, Estado de Minas Gerais.

ANTÔNIO CARLOS CINTRA DO AMARAL, respondendo às indagações formuladas, concluiu:

a)“O uso de bem de uso comum do povo independe de remuneração, podendo, excepcionalmente, ser cobrada, por esse uso, uma “retribuição”, nos termos do art. 68 do Código Civil Brasileiro. Quanto ao uso especial desses bens, é ele, em regra passível de cobrança de remuneração pelo Poder Público”.

b)“A utilização, pelas concessionárias de serviços públicos de gás canalizado, energia elétrica e telecomunicações, de faixas de domínio em rodovias concedidas deve ser objeto de permissão de uso de bem público. Em contraprestação pela outorga dessa permissão, o Poder Público pode cobrar da permissionária um preço semiprivado ou quase privado...”

Como se percebe, a doutrina invocada navega em águas tranquilas, porquanto todos os Mestres são acordes em reconhecer devida a retribuição, com lastro inicial no art. 68 do Código Civil, **não tendo tal retribuição, caráter tributário.**

O fato de impropriamente ter a lei municipal que instituiu a retribuição dado a mesma a natureza de *taxa*, portanto tributo, ao nosso juízo é irrelevante, pois o que importa é a sua natureza jurídica e não o seu *nomem juris*.

4.A LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA INVOCADA PELA EMPRESA CONCESSIONÁRIA DE ENERGIA ELÉTRICA E A AUTONOMIA MUNICIPAL

Procurando fundamentar a sua tese em bases estritamente jurídicas, a empresa concessionária trouxe a lume o Código de Águas e Decretos Federais (Decretos nºs 41.019/57 e 84.398/80), os quais justificariam a impossibilidade de cobrança de quaisquer retribuições pelo uso do solo urbano.

Em face das peculiaridades e considerando a nova ordem constitucional inaugurada pela Carta Magna de 1988, mister se faz uma análise cautelosa da legislação antes referida.



Dispõe o **Código de Águas** (Decreto nº 24.643, de 10.07.34), no seu art. 151, "a", que *"para executar os trabalhos definidos no contrato, bem como, para explorar a concessão, o concessionário, terá, além das regalias e favores constantes das leis fiscais e especiais, os seguintes direitos:*

Utilizar os terrenos de domínio público e estabelecer as servidões dos mesmos e através de estradas e vias públicas, com obrigação aos regulamentos administrativos" (sem o destaque no original).

Similar dispositivo encontramos no **Decreto Nº 41.019**, de 26 de fevereiro de 1957 que estabelece o Regulamento de Serviços de Energia Elétrica, mais especificamente o art. 108, "a".

Ninguém questiona que as eventuais servidões, notadamente as de passagem, constituem-se em servidões administrativas essencialmente afetadas de utilidade pública. E uma de suas características fundamentais é a exigência de indenização, desde que recaiam em terrenos particulares. Esse, inclusive, o entendimento consubstanciado por **ANTÔNIO DE PÁDUA NUNES** no seu *Código de Águas*, vol. II, 2ª edição, RT, 1980, pág. 72.

A legislação colacionada, em nenhum momento, dispõe que a ocupação de terrenos públicos de não propriedade do poder concedente seria, necessariamente, GRATUITA. Um outro diploma normativo, no entanto, merece uma especial análise.

O **Decreto Federal Nº 84.398**, de 16 de janeiro de 1980, modificado pelo Decreto Nº 86.859, de 19 de janeiro de 1982, trata de ocupação de terrenos públicos em geral e, de forma expressa, determina:

"Atendidas as exigências legais e regulamentares referentes aos respectivos projetos, **as autorizações serão por prazo indeterminado e sem ônus** para os concessionários de serviços de energia elétrica" (art. 2º).

Diante do conteúdo do art. 2º, o impetrante fundamentou a sua pretensão e justificou, em particular, a impetração do **mandamus** de natureza preventiva.

Em face dessa legislação específica poder-se-ia chegar a uma conclusão que protegeria as pretensões da empresa concessionária de energia elétrica. Todavia, quer nos parecer que tal conclusão não se coaduna com o atual espírito do ordenamento jurídico capitaneado pela *Lex Legum*, promulgada em 05 de outubro de 1988.



Não se pode interpretar um sistema jurídico da base para o topo. Vale dizer: num sistema hierarquizado de normas, o ordenamento tem que ser compreendido, sempre e necessariamente, a partir da Constituição, fundamento de validade de todas as normas infraconstitucionais. Em razão dessa análise hermenêutica, todas as vezes que ocorre a manifestação do Poder Constituinte Originário com o surgimento de uma nova Constituição, a legislação ordinária somente sobreviverá, se compatível com a recém-nascida Carta Magna. É o que a doutrina convencionou chamar de fenômeno da **RECEPÇÃO**. Desde que a legislação de inferior hierarquia se encontre em linha de colisão com a nova orientação constitucional **estará automaticamente revogada**.

A atual Constituição Federal, diferentemente de todas as anteriores, privilegiou, sobremaneira, o Município.

Concedeu-lhe **autonomia** de uma forma muito ampla, equiparando-o à condição dos demais entes federados (Estado-membro e Distrito Federal). O art. 18 se expressa de forma inequívoca. E a autonomia se situa nos planos administrativo, político e financeiro.

Como registra **HELIO LOPES MEIRELLES** (*Direito Municipal Brasileiro*, Malheiros, 1993, págs. 78 e seguintes), dispõem os Municípios de *um direito público subjetivo de organizar o seu governo e prover a sua Administração, nos limites que a Lei Maior traça*. E diz mais: a atual Constituição da República **inscreveu a autonomia como prerrogativa intangível do Município**, capaz de autorizar, inclusive, a Intervenção Federal, para mantê-la ou restaurá-la (Art. 34, VII, "c").

Ora, em face do exposto, seria razoável conceber a hipótese de um Decreto Federal (não lei e mesmo que fosse lei) interferir na administração municipal, no seu patrimônio, nos seus bens, violando flagrantemente a sua AUTONOMIA, conferida constitucionalmente ?

Desde que se concluísse pela possibilidade, seria o mesmo que defender a tese de que estaria a União autorizada a instituir isenções de tributos (se fosse o caso) de competência dos municípios, prática expressamente vedada pela Lei das Leis no seu art. 151, III e **não prescrita nas Constituições anteriores, frise-se**.

Posição diversa era praticada no passado, sendo a matéria objeto da **Súmula do STF nº 78**, hoje inaplicável: *estão isentas de impostos locais as empresas de energia elétrica, no que diz res-*



peito as suas atividades específicas.

Destaque-se, nessa mesma linha de raciocínio, que o fato de o serviço público de energia elétrica ser de competência da União (art. 21, XII, “b” – CF) e, ainda, por competir privativamente à União (art. 22, IV – CF) legislar sobre energia, não autoriza a essa pessoa política estatal (União) interferir na **AUTONOMIA** do Município. Não se pode confundir disciplinamento sobre o serviço, na qualidade de poder concedente, com a ingerência indevida – **e portanto inconstitucional** – na disposição do patrimônio de outro ente estatal, pois o uso dos bens integra, necessariamente, o exercício da autonomia de cada ente.

Invocando, mais uma vez, o magistério de **HELY LOPES MEIRELLES** (ob. cit., pág. 232), registre-se que em qualquer dos usos dos bens municipais, cabe somente ao Município interferir como poder administrador, *“disciplinando e policiando a conduta do público e dos usuários especiais, a fim de assegurar a conservação dos bens e possibilitar a sua normal utilização, tanto pela coletividade quanto pelos indivíduos, como, ainda, pelas repartições administrativas que também usam dos próprios bens municipais para a execução dos serviços públicos”*.

Diferentemente, no entanto, seria se o Município vedasse a utilização das áreas necessárias à implantação das instalações elétricas, o que não é o caso.

Isso sim é consequência imediata da concessão. Não se pode prestar o serviço, sem poder realizá-lo materialmente. Na hipótese, como ressalta o respeitado mestre **ADILSON ABREU DALLARI**, eminente Professor Titular de Direito Administrativo da PUC/SP (*Uso do espaço urbano por concessionárias de serviços de telecomunicações*, RDA 223, Rio de Janeiro, jan./mar. 2001, p. 49), *“o Município pode ser até mesmo compelido judicialmente a ceder o domínio ou o uso de seus bens para viabilizar o funcionamento de um serviço público federal, por meio de desapropriação ou constituição de servidão administrativa, mas não gratuitamente”* (sem o destaque no original).

Aliás, a própria legislação mais recente sobre a matéria, Lei Nº 9.074, de 07 de julho de 1995, consolidada pela Lei Nº 9.648, de 27 de maio de 1998, no seu art. 10, estabelece que *cabe à Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL declarar de utilidade pública, para fins de desapropriação ou instituição de servidão administrativa, das áreas necessárias à implantação de instalações de conces-*



sionários, permissionários e autorizados de energia elétrica.

Outra não é a inteligência do art. 29, IX da Lei Nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, mencionando, expressamente, a responsabilidade pelas indenizações, dispositivo citado somente a título de argumentação.

Assevere-se, ainda, que mesmo assim, a utilização **dos bens do município ocorrerá com prévia permissão municipal**, como já decidiu o Excelso Pretório, antes do advento da Constituição de 1988, na década de 60, quando a autonomia municipal não era tratada com a dimensão apresentada na atual Lei Maior (RTJ 00023-01, págs. 110/111 – Acórdão citado pelos advogados do Município de Barra dos Coqueiros – Escritório Carlos Ayres Britto – quando das informações prestadas no MS Nº 57/99).

Assim, se a legislação desta década menciona a necessidade de desapropriação ou instituição de servidões administrativas, cabendo à concessionária os encargos decorrentes das indenizações respectivas, de clareza solar a conclusão: não decorre da concessão, nem do poder concedente, o direito automático de utilização de bens particulares ou públicos (estaduais, distritais ou municipais) a título exclusivamente GRATUITO.

Neste momento já se pode apresentar uma **segunda conclusão**: o art. 2º do Decreto Nº 84.398/80 no que concerne à utilização dos bens públicos municipais, **sem ônus, não foi recepcionado pela nova ordem constitucional**, não podendo, por conseguinte, ser invocado.

5.EXEGESE DO ART. 155, § 3º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL:

Um último ponto a ser abordado se relaciona com a eventual aplicação do art. 155, § 3º da Constituição Federal, que na redação originária da Lei Maior vigente, tinha o seguinte texto:

“Art.155.....

.....
§ 3º À exceção dos tributos de que tratam o inciso II do caput deste artigo e o art. 153, I e II, nenhum outro tributo poderá incidir sobre operações relativas à energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do País”.

As empresas de energia elétrica valeram-se dessa regra constitucional para invocar a situação de uma pretensa imunidade parcial e, conseqüentemente, justificar a impossibilidade da cobrança da retribuição pelos Municípios.

Esse o fundamento dos acórdãos, cujas ementas transcrevemos nessa oportunidade:

“Tributário – Preço Público – Mandado de segurança concedido contra ato de autoridade pela cobrança de ‘preço público’ por ocupação do espaço público pela implantação de postes de distribuição de energia elétrica – Reexame necessário – Taxa travestida de Preço Público – Diferenciação – Município de Cachoeira Paulista – Decreto Municipal nº 26/96 – Inadmissibilidade da cobrança – Concessionária que recebeu isenção tributária – Afronta aos arts. 21, inciso XII, “b”, 22, inciso VI e 145, inciso II, da CF/88 – Recurso improvido.” (Ac un da 10ª C do 1º TAC SP – AC 776.264-3 – j 11.08.98 – DJ SP I – 16.09.98, p. 93 – ementa oficial).

Mandado de Segurança. Preliminares. Impropriedade do meio e ilegitimidade ativa. Arguição de inconstitucionalidade de lei na via de exceção. Rechaçadas as preliminares porque, em se tratando de controle difuso, pode ser exercido por qualquer pessoa e em qualquer processo. Conhece-se, também, a segurança, por se dirigir contra lei de efeitos concretos, que gera efeito imediato, não necessitando de ato normativo posterior e é direcionada a ente definido, não se revestindo do caráter de generalidade e abstração atinentes às leis em geral. No mérito, declara-se a inconstitucionalidade, na via incidental, da taxa de ocupação por solo público, no âmbito do município de São Cristóvão, que objetiva tarifar, à concessionária de energia elétrica, o solo de logradouros públicos para afixação de postes indispensáveis à transmissão de energia elétrica, inteligência do art. 155, § 3º da CF e legislação infraconstitucional pertinente – arts. 1º e 2º do decreto 84.398/80. **(Ac. nº 2.166/99 – MS nº 20/99 – AJU – Rel. Des. Aloísio de Abreu Lima – DJE de 25.10.99 – pág. 07).**

A primeira vista pode parecer que o dispositivo constitucional indigitado se adequa perfeitamente ao caso em tela. Teríamos, aparentemente, uma situação de “não incidência” constitucional ou, na linguagem da doutrina, uma imunidade virtual, consagrando, indiretamente, uma vedação ao legislador ordinário (federal, estadual, distrital ou municipal).

Debruçando-se sobre o caso objeto da investigação, ape-



sar de não se negar a existência da imunidade parcial, pois mandamento constitucional, é forçoso reconhecer que não tem aplicação no objeto discutido. O legislador constituinte ao trazer a presente regra afirmou que, sendo considerada a energia elétrica como “mercadoria”, sobre ela e sobre as suas operações, somente incidiriam ICMS (imposto estadual), I.I. e I.E. (importação e exportação – impostos federais).

Não afirmou, direta ou indiretamente, que as concessionárias de energia elétrica estavam imunes a outros tributos. Disse, isto sim, que nas **operações de energia elétrica** não poderiam incidir outros tributos, salvo os definidos constitucionalmente.

Tanto isso é verdade que o legislador constituinte excluiu, expressamente, até mesmo as empresas públicas e sociedades de economia mista da imunidade geral prevista no art. 150, VI, “a” (ver § 3º). A impetrante, em que pese concessionária de Serviço Público, é empresa privada. Se os entes da administração indireta não possuem imunidade geral, muito menos a impetrante.

Tal disposição foi incluída na Lei Suprema em face da extinção dos chamados impostos únicos que vigoravam na antiga ordem constitucional.

A propósito do tema, é de se trazer à baila as conclusões de **SACHA CALMON NAVARRO COELHO** após comentar o dispositivo em análise (*Comentários à Constituição de 1988 – Sistema Tributário*, Forense, 6ª edição, Rio de Janeiro, 1997, pág. 407):

“Como sabido, estas mercadorias (e a energia o é, pois é coisa móvel sujeita a tipificar o crime de furto; subtração de coisa alheia móvel) estavam, antes da CF de 1988, sujeitadas aos chamados impostos únicos. Eram assim chamados porque além de monofásicos (só podiam incidir numa das fases do ciclo de circulação, excluídas as demais fases) excluíam a incidência de outros tributos sobre os objetos por eles já incididos. Com a subsunção dos impostos únicos no título do ICMS, quebrou-se a imunidade e adotou-se a não cumulatividade. Então para prevenir “outros tributos” foi lavrada a regra da imunidade virtual ora em foco”.

Outro não poderia ser o entendimento, lastreado em dois argumentos insuperáveis: 1º) A imunidade é de natureza tributária e a retribuição a ser cobrada não tem o caráter de tributo, consoante registrado no item 3 desse estudo; 2º) A não-incidência se relaciona tão somente às operações de energia elétrica e não a todas e quaisquer atividades prestadas pela empresa concessionária. Ou será que a



impetrante, com fundamento em tal imunidade, iria pleitear o não pagamento de Imposto sobre a Renda, Imposto sobre Propriedade Predial e Territorial Urbana ou, mesmo, Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis ?

A não-incidência existe para preservar as operações de compra, venda, transformação de **energia elétrica**. Diz respeito à atividade de geração e distribuição de **energia** em si, tão-somente. Como referiu **SACHA COELHO**, a imunidade abrange a **tributação sobre a energia, enquanto mercadoria**. E só.

O próprio Supremo Tribunal Federal, julgando o RE nº 216.286 (Informativo STF nº 233), em que se analisava a possibilidade de exigência do IPMF em operações financeiras de empresas de combustíveis, em face do disposto no art. 155, § 3º da CF, manifestou-se no mesmo sentido aqui defendido:

“O legislador constituinte federal optou por fixar, nesse caso específico, a imunidade tributária restrita às operações em si mesmas, consideradas a produção, a importação, a distribuição ou o consumo de combustíveis, sem estendê-la a outras operações realizadas pela empresa produtora. Decisão que concluísse de forma diversa, incidiria em ampliação indevida, vedada pelos princípios que norteiam a hermenêutica constitucional”.

A interpretação de tal norma constitucional, já tinha na pena do **DOUTOR ROQUE ANTÔNIO CARRAZZA** uma interpretação restritiva. Dizia o emérito professor que o dispositivo da *Lex Maxima* se referia tão somente a impostos (tributos não-vinculados), pois, como afirmava “a expressão ‘nenhum outro tributo’ foi empregada no sentido de ‘nenhum outro imposto’. E concluía: “...nada impede que taxas (de polícia ou de serviço) ou contribuições (v.g., contribuições sociais para a seguridade social) venham a alcançar pessoas que eventualmente pratiquem as mencionadas operações (Curso de Direito Constitucional Tributário, 16ª edição, Malheiros, São Paul, p. 676).

Após sua lúcida análise, vale-se do magistério de **ALIOMAR BALEEIRO** para asseverar que a imunidade “protege objetivamente a coisa apta ao fim, sem referir-se à pessoa ou entidade” (op. cit., p. 678).

Caso assim não fosse, como já dito nesse mesmo tópico, a interpretação seria completamente sem sentido, porquanto, ainda na esteira do pensamento do mestre paulista, festejado professor da PUC-SP, a imunidade discutida é de **natureza objetiva e não**

subjativa. A imunidade do § 3º do art. 155 veda a cobrança de outros impostos sobre as operações de energia elétrica, não excluindo, por exemplo, *“o imposto sobre a renda, o imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana, o imposto sobre a transmissão de bens imóveis e de direitos a ele relativos, que nascem de outros fatos econômicos e, mais do que isso, são pessoais”*.

A interpretação levada a efeito por **ROQUE ANTÔNIO CARRAZZA**, no que diz respeito à correta extensão do vocábulo “tributo”, constante o disposto no art. 155, § 3º, foi absorvida pela **Emenda Constitucional nº 33, de 11 de dezembro de 2001**, uma vez que, definitivamente, modificou o dispositivo, substituindo o substantivo “tributo” por “imposto”.

6.O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SERGIPE E A MUDANÇA DE ENTENDIMENTO

Após a elaboração desse estudo, tivemos o prazer e a honra de encaminhá-lo a alguns Desembargadores do Tribunal de Justiça de Sergipe, os quais, após intensa meditação, modificaram seus anteriores posicionamentos (ver Ac. nº 2166/99 – TJSE), acatando a tese aqui defendida e agregando novos elementos no julgamento dos Mandados de Segurança nº 021/99 (Ac. nº 01/2000); MS nº 057/99 (Ac. nº 03/2000) e MS nº 023/99 (Ac. nº 341/2000).

Eis as respectivas ementas:

“Mandado de Segurança Administrativo – Uso do solo urbano – Fixação de tarifa – Constitucionalidade – Autonomia Municipal.

1. Em face da autonomia Municipal, estabelecida nos arts. 18 e 29 da Constituição Federal, têm os Municípios poder e competência para legislar sobre impostos, taxas e tarifas públicas;

2. A imunidade de que trata a Constituição Federal no § 3º, do art. 155, é de natureza tributária e a retribuição cobrada, com base na Lei Municipal impugnada, não tem caráter de tributo, mas de tarifa, que difere de taxa. Assim, o fato gerador da cobrança, previsto na Lei Municipal, é de natureza adminis-



trativa e não tributária, uma vez que visa fixar o preço público para o uso do solo municipal, no exercício de suas atribuições constitucionais.

3. Mandamus denegado. Decisão por maioria.”

(MS 021/99 – AC. nº 01/2000 – Rel. Des. Manuel Pascoal Nabuco D’Ávila – TJSE. Com idêntica ementa o Acórdão 03/2000 no MS 57/99).

“Administrativo e Constitucional – Taxa Municipal pela instalação e utilização de postes nas redes de energia elétrica – Preliminares de incabimento do *mandamus* – Ato normativo municipal cuja compatibilidade com a Constituição Federal, só poderá ser aferida pela via difusa – Ato normativo revestido de efeitos concretos – Prova pré-constituída – Matéria de Direito – Preliminares rejeitadas – Mérito – Uso do solo urbano – Fixação de Tarifa – Constitucionalidade – Autonomia municipal – Ordem denegada – Decisão por maioria.

Em face da autonomia Municipal, estabelecida nos arts. 18 e 29 da Constituição Federal, têm os Municípios poder e competência para legislar sobre impostos, taxas e tarifas públicas;

A imunidade de que trata a Constituição Federal no § 3º, do art. 155, é de natureza tributária e a retribuição cobrada, com base na Lei Municipal impugnada, não tem caráter de tributo, mas de tarifa, que difere de taxa.

Assim, o fato gerador da cobrança, previsto na Lei Municipal, é de natureza administrativa e não tributária, uma vez que visa fixar o preço público para o uso do solo municipal, no exercício de suas atribuições constitucionais.” (MS 023/99 – Ac. nº 341/2000 – Rel. Des. José Antônio de Andrade Goes).

7.A POSIÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA:

Posteriormente a publicação inicial do presente estudo (Revista do Ministério Público do Estado de Sergipe, vol. 16, 1999, p. 78/89; Revista Trimestral de Direito Público, vol. 27, Malheiros, São Paulo, p. 123/130 e Revista Literária de Direito,



vol. 34, Editora Literária de Direito Ltda., São Paulo, p. 29/33), o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, em 15 de maio de 2001, através da sua Segunda Turma, julgando o Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 12081/SE (2000/0053957-0), enfrentou a matéria, julgando exatamente o caso do Município da Barra dos Coqueiros, Estado de Sergipe, objeto do presente estudo.

Lamentavelmente, esse Tribunal Superior manteve a posição que vinha sendo praticada em alguns Tribunais brasileiros, por intermédio do voto condutor da Excelentíssima Senhora Ministra Eliana Calmon, relatora do processo.

Eis a ementa:

“ADMINISTRATIVO E TRIBUTÁRIO – TAXA DE LICENÇA PARA PUBLICIDADE PELA EXPLORAÇÃO DE ATIVIDADE EM LOGRADOUROS PÚBLICOS.

1.A intitulada “taxa”, cobrada pela colocação de poste de iluminação em vias públicas não pode ser considerada como de natureza tributária porque não há serviço algum do Município, nem o exercício de poder de polícia.

2.Só se justificaria a cobrança como PREÇO se se tratasse de remuneração por um serviço público de natureza comercial ou industrial, o que não ocorre na espécie.

3.Não sendo taxa ou preço, temos a cobrança pela utilização das vias públicas, utilização esta que se reveste em favor da coletividade.

4.Recurso ordinário provido, segurança concedida.”

Efetivamente, a nosso juízo, agiu bem o Egrégio Tribunal, ao não conferir à cobrança pelo uso do solo urbano a natureza jurídica de taxa. Consoante registrado anteriormente, não tem a retribuição cobrada natureza tributária, pelos argumentos ali aduzidos. Entretanto, caso contivesse os elementos constitucionais necessários para a cobrança, na qualidade de *taxa*, a imunidade invocada seria inaplicável, como já explicitado no item

5. Data maxima venia entendemos equivocada a invocação da imunidade, mesmo que *en passant*, no voto da Ministra-Relatora.

Respeitosamente, a nosso juízo, laborou em equívoco o Egrégio Superior Tribunal de Justiça quando deu provimento ao Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. Quer nos parecer que a hipótese vem a ser exatamente a de “*uso remunerado de bens públicos*”,



na mesma linha de argumentação de **ALBERTO J. MARQUES**, em entrevista na Revista Jurídica *CONSULEX*, Nº 111, de 31 de agosto de 2001, p. 6/7. Como registrou, a receita auferida pela utilização de bem público é de natureza patrimonial, não tributária.

Os argumentos expostos no item 3, fundamentam o posicionamento que defendemos, engrossando fileiras com o pensamento dos renomados juristas que trouxemos a colação nessa nova versão do trabalho.

6.CONCLUSÕES:

Ao cabo dessa análise, cabe-nos apresentar as conclusões:

a)O uso dos bens públicos, em especial o do solo urbano, por expressa disposição legal, pode ser gratuito ou oneroso, não havendo nenhum óbice para, mediante lei, ser fixada retribuição pela utilização *uti singuli* do respectivo bem;

b)O Município, em face de sua autonomia como ente integrante de Federação Brasileira, **poderá fixar**, obedecendo ao princípio da legalidade, **retribuição pelo uso do solo urbano**, que não terá natureza tributária;

c)A competência privativa da União para legislar e dispor sobre concessão do serviço público de energia elétrica não tem abrangência de interferir na autonomia municipal, pois prerrogativa de raiz constitucional e inerente à estrutura do Estado brasileiro;

d)O art. 2º do Decreto Federal Nº 84.398/80, na parte que autoriza o uso do solo **sem ônus**, não foi recepcionado pela atual ordem constitucional;

e)Como decorrência da concessão do serviço público de energia elétrica a utilização do bem público é compulsória, mas necessita de autorização do ente estatal (município), a título gratuito ou oneroso;

f)A imunidade parcial constante do art. 155, § 3º da Lei das Leis diz respeito tão somente às operações relativas à energia elétrica, não se aplicando à cobrança da retribuição pela instalação de postes de energia elétrica (uso do solo urbano).